

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2020 r. przez wykonawcę

FOXMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Czerwionce-Leszczynach

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża FOXMET Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FOXMET Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie wykonawcy prac budowlanych pn. „Zaprojektowanie, rozbiórka i nadzór nad wyburzeniem metodą wybuchową budynku Akademika „C” Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie, przy ul. Badurskiego 13” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 24 lutego 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 515663. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – FOXMET Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości do co treści „Pisemnego zobowiązania” podmiotu K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, w której Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza i ma możliwość przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,

3. zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia treści „Pisemnego zobowiązania” K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, w odniesieniu do okresu udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia,
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie obejmuje m.in. wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową („strzałową”), zatem Zamawiający w punkcie 5. podpunkt 1.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, w części dotyczącej posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia, sformułował wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj.

a) jedną osobą posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi z użyciem materiałów wybuchowych w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz posiadającą doświadczenie polegające na należyтым zrealizowaniu jednego zadania obejmującego zaprojektowanie i kierowanie robotami wyburzeniowymi metodą strzałową budynku wysokiego,

b) jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie liczone od dnia uzyskania uprawnień i doświadczenie w zakresie kierowania dwiema robotami budowlanych związanymi z całkowitą rozbiórką budynków,

c) jedną osobą nadzorującą, posiadającą aktualne zaświadczenie potwierdzające przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach, w tym na stanowisku nadzoru, oraz posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie w zakresie nadzorowania dwóch robót budowlanych związanych z wyburzeniem metodą wybuchową budynku wysokiego,

d) dwoma wykwalifikowanymi pracownikami strzałowymi posiadającymi aktualne zaświadczenie potwierdzające przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego.

W punkcie 5. ppkt 1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający pouczył, iż wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający oceni, czy

udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Dodatkowo, jak wynika z treści postanowień punktu 13. ppkt 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, doświadczenie projektanta, tj. osoby z uprawnieniami do projektowania i kierowania robotami budowlanymi z użyciem materiałów wybuchowych, stanowi jedno z kryteriów oceny ofert.

Spośród pięciu ofert złożonych w postępowaniu, wszyscy wykonawcy bazowali na tej samej osobie z uprawnieniami do projektowania i kierowania robotami budowlanymi z użyciem materiałów wybuchowych, oświadczając, że na potrzeby wykonania zamówienia zaangażują mgr. inż. K. D. i załączyli do swoich ofert „Pisemne zobowiązanie” tego podmiotu do oddania im do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe wynika ze specyfiki branży robót wyburzeniowych, gdzie na rynku działa wiele wyspecjalizowanych podmiotów wykonujących rozbiórki metodą mechaniczną, lecz niewiele posiada uprawnienia do wykorzystywania materiałów wybuchowych do rozbiórki obiektów budowlanych.

Odwołujący załączył do oferty oświadczenie, złożone na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu MAJOR K. D. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jednocześnie, z wykazu podwykonawców załączonego do oferty Odwołującego wynika, że MAJOR K. D. weźmie udział w realizacji zamówienia w części obejmującej opracowanie projektu rozbiórki, wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową. Ponadto do oferty Odwołującego załączono „Pisemne zobowiązanie” firmy MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W punkcie 1. zobowiązania (zakres zasobów dostępnych wykonawcy) wpisano: „wiedza, doświadczenie, referencje, osoby zdolne do wykonania zadania, w tym wymagane przez Zamawiającego”. W punkcie 2. zobowiązania określono sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia: „Projekt, kierowanie i nadzór nad pracami strzałowymi, wyburzenie obiektu metodą strzałową”. Wyjaśniając charakter stosunku, jaki będzie łączył firmę MAJOR K. D. z Odwołującym wskazano: „Umowa na projekt, kierownictwo, nadzór i wyburzenia metodą

strzałową”. W punkcie 4. zobowiązania (zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia) podano: „opracowanie projektu rozbiórki, wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową. Od dnia podpisania umowy przez około 3 miesiące”. Zobowiązanie opatrzone datą 9 marca 2020 r.

W toku czynności badania i oceny ofert, pismem z 21 kwietnia 2020 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie opisanym w punkcie 5. ppkt 1.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający wskazał, że z przedstawionych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny, w jakim zakresie podmiot, na którego zasoby powołuje się Odwołujący, będzie odpowiedzialny za realizację zamówienia, tj. zgodnie z punktem 5. ppkt 1.3.1, zatem czy będzie to: a) osoba posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi, b) osoba pełniąca funkcję kierownika budowy, c) osoba nadzorująca, d) pracownik strzałowy. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o uzupełnienie załączonych do oferty oświadczeń w taki sposób, aby w sposób spójny i jednoznaczny wskazywały, jakie funkcje i czynności będzie pełnił i podejmował pan K. D. i przez okres realizacji przedmiotowego zamówienia, czyli w jakiej formie, jakie czynności i przez jaki czas, mając jednocześnie na uwadze postawiony przez Zamawiającego zakaz łączenia funkcji osób skierowanych do realizacji zamówienia, a wskazanych w punkcie 5. ppkt 1.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi, pismem z 22 kwietnia 2020 r., Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których sprecyzował, iż podwykonawca MAJOR K. D. udostępni następujących pracowników: a) osobę posiadającą uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi z użyciem materiałów wybuchowych (K. D.), b) osobę nadzorującą, c) dwóch pracowników strzałowych oraz załączył m.in. dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień przez wyżej wymienione osoby oraz zaktualizowane (opatrzone datą 22 kwietnia 2020 r.) „Pisemne zobowiązanie” K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Składając zmodyfikowane zobowiązanie podmiotu trzeciego Odwołujący miał na względzie zastrzeżenia zasygnalizowane przez Zamawiającego w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, w szczególności, w punkcie 1. zobowiązania (zakres zasobów dostępnych wykonawcy) doprecyzowano nazwiska osób oddanych do dyspozycji Odwołującego,

w punkcie 3. wyjaśniono charakter stosunku, jaki będzie łączył ten podmiot z Odwołującym: „Umowa na podwykonawstwo z zakresie wykonania dokumentacji projektowej, kierowanie

i nadzór nad pracami oraz wyburzenia obiektu metodą strzałową”. W porównaniu do treści „Pisemnego zobowiązania” z 9 marca 2020 r. zmianie nie uległa treść punktów 2. i 4., co do których Zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń w wezwaniu z 21 kwietnia 2020 r.

Następnie Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania oraz wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Uzasadniając unieważnienie postępowania Zamawiający poinformował, iż z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza i ma możliwość przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.499.484,64 zł brutto, przy czym cena oferty Odwołującego wynosi 1.215.117,00 zł brutto. Jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, będąc błędnie przekonany, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że podczas badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego stwierdził, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia, a dotyczącej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ ze złożonych dokumentów i oświadczeń nie wynikało to w sposób jasny, precyzyjny i bezsprzeczny. Odnosząc się do treści uzupełnionego zobowiązania do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia Zamawiający wskazał, iż określony przez firmę MAJOR K. D. „termin około 3 miesiące” jest terminem niewystarczającym do realizacji zamówienia, bowiem zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu termin ten wynosi 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Ponadto Zamawiający powołał się na postanowienia wzoru umowy, w których opisał w sposób szczegółowy etapy i poszczególne terminy realizacji zamówienia, tj.: a) Etap I – opracowanie dokumentacji projektowej koniecznej do uzyskania decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbiórkę i przekazanie Zamawiającemu do uzgodnienia, o którym mowa w § 4 nin. umowy – w terminie do 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, b) Etap II – uzyskanie ostatecznej decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbiórkę – w terminie do 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy, c) Etap III – opracowanie projektu wykonawczego oraz innych dokumentów i opracowań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i umowie poprzedzających rozpoczęcie robót budowlanych – w terminie do 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy, d) Etap IV – wykonanie wszystkich robót demontażowych, rozbiórkowych, porządkujących i naprawczych – w terminie do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wyjaśnił, iż w związku z faktem, że Odwołujący powołuje się na zasoby

podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia, takich jak projektant i kierownik robót, osoby nadzorujące oraz dwóch pracowników strażowych, niewątpliwym jest, iż oddanie do dyspozycji przez inny podmiot powyższych osób, które realizować będą kluczowe aspekty przedmiotu zamówienia, nastąpi na czas dłuższy niż trzy miesiące od dnia podpisania umowy, bowiem czynności dokonywane przez wskazane osoby dokonywane będą przez cały okres realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy.

Z powyższego fragmentu można wywnioskować, że Zamawiający uznał, iż oddanie do dyspozycji Odwołującemu przez K. D. osób zdolnych do wykonania zamówienia nastąpi na czas dłuższy niż trzy miesiące od dnia podpisania umowy. Takiej konstatacji przeczy jednak decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jak również dalsza część uzasadnienia, gdzie Zamawiający oznajmił, iż jego zdaniem Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczącej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ powołany w złożonej ofercie podmiot trzeci udostępnił wykonawcy zasoby ludzkie w ramach realizacji zamówienia jedynie na okres około 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, co w ocenie Zamawiającego jest czasem nierealnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał na uchybienie Zamawiającego polegające na zaniechaniu zwrócenia się z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy powziął wątpliwości do co treści zobowiązania firmy MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Badanie ofert jest czynnością leżącą po stronie zamawiającego. W sytuacji, gdy w toku wykonywania tych czynności zamawiający poweźmie wątpliwości, które wymagają stosownych wyjaśnień lub dodatkowych uzupełnień, takich wyjaśnień lub uzupełnień powinien zażądać. Obowiązkiem zamawiającego jest skierowanie do wykonawcy, który złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwania do złożenia wyjaśnień, w każdym przypadku, gdy oświadczenia te lub dokumenty z jakichkolwiek względów są dla zamawiającego niejasne, budzą wątpliwości, przy czym brak jest jakichkolwiek innych przesłanek skierowania wezwania innych niż wątpliwości zamawiającego. Obowiązek skierowania takiego wezwania oznacza jednocześnie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego w toku badania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu informacji pozyskanych w wyniku takiego wezwania. Stanowisko przeciwne oznaczałoby pozbawienie wykonawcy prawa wykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantowany mu przepisami prawa (wyrok KIO 2690/17). Jakkolwiek z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, to jednak nie może być interpretowany w sposób dosłowny. Nawet jeśli z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika wprost, że spełnia przewidziane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, nie oznacza to, że zamawiający zwolniony jest z obowiązku badania tej kwestii (wyrok KIO 1927/17). Zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów lub oświadczeń, jeśli ma co do nich wątpliwości, przy czym o wyjaśnienia te może zwracać się wielokrotnie, aż do uzyskania jasnego obrazu sytuacji. Zamawiający nie jest w tym zakresie w żaden sposób ograniczony, a jeśli rozpoczął procedurę wyjaśnień, powinien doprowadzić ją do końca. Pozwala to zapobiec sytuacji, w której z powodu istniejących wątpliwości, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu czy odrzucenia oferty, która zaspokaja jego potrzeby (wyrok KIO 1376/16). Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy spełniającego uzasadnione wymagania zamawiającego, a nie unieważnienie postępowania pod pozorem braku środków na sfinansowanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien dążyć wszelkimi środkami przewidzianymi w ustawie do precyzyjnego i wyczerpującego zbadania zdolności Odwołującego do należytego wykonania zamówienia. Wyjaśnianie treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest przydatnym instrumentem oddanym o dyspozycji Zamawiającego, z którego powinien on skorzystać przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiający zrezygnował z sięgnięcia po narzędzie przewidziane w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zakładając *a priori*, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający potrafił wyartykułować towarzyszące mu wątpliwości dotyczące oświadczeń lub dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz nie poruszył kwestii związanej z okresem udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien podać, jakich oświadczeń, dokumentów lub informacji od wykonawcy oczekuje, zwłaszcza w kontekście wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro Zamawiający nie sprecyzował wyraźnie, że domaga się sprecyzowania okresu, w jakim podmiot trzeci zadeklarował wzięcie udziału w realizacji zamówienia, to nie ma podstaw do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego. Tym bardziej, że oczekiwania Zamawiającego związane z omawianą kwestią pojawiły się po raz pierwszy w uzasadnieniu

czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. W wezwaniu z 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający nie wspomniał o konieczności wyjaśnienia czy uzupełnienia zobowiązania o elementy związane z okresem udziału tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem Zamawiający wówczas już miał możliwość zwrócenia uwagi Odwołującemu na ewentualne wątpliwości z tym związane. Zamawiający nie zmanifestował wobec Odwołującego ewentualnych zastrzeżeń związanych ze zbyt krótkim – jego zdaniem – okresem deklarowanego udziału tego podmiotu podczas realizacji zamówienia („przez około 3 miesiące”). Obiekcje dotyczące udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów ludzkich w ramach realizacji zamówienia jedynie na okres około 3 miesięcy od dnia podpisania umowy (co w ocenie Zamawiającego jest czasem nierealnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia), zostały ujawnione dopiero w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Skoro Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o tezę, zgodnie z którą określony przez firmę MAJOR K. D. termin „około 3 miesiące” jest terminem niewystarczającym do realizacji zamówienia, to kwestię tę powinien wyjaśnić z wykonawcą w drodze zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący podkreślił, iż z treści złożonych dokumentów oraz oświadczeń w dostatecznym stopniu wynika, że Odwołujący będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia, w tym osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W zobowiązaniu firmy MAJOR K. D. z 9 marca 2020 r. określono „zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia” jako „opracowanie projektu rozbiórki, wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową. Od dnia podpisania umowy przez około 3 miesiące”. Zobowiązanie zostało zredagowane w oparciu o wzór stanowiący część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Formułując tego rodzaju treść zobowiązania pracownik Odwołującego opierał się na wstępnych ustaleniach z podmiotem trzecim, który zadeklarował wykonanie rozbiórki metodą wybuchową w terminie „około 3 miesięcy”. K. D., składając podpis pod zobowiązaniem z 9 marca 2020 r., również miał na myśli etap realizacji rozbiórki z użyciem pirotechniki. Wspomniany okres „około 3 miesięcy” odnosi się zatem ściśle do etapu robót strzałowych, a nie do całości udziału podmiotu trzeciego w procesie realizacji zamówienia. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z pozostałą treścią zobowiązania tego podmiotu. W punkcie 4. wskazano również, że udział tego podmiotu w realizacji zamówienia będzie obejmował opracowanie projektu rozbiórki oraz wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową. Z powyższego wynika, że firma MAJOR K. D. weźmie udział w realizacji zamówienia przez okres, w jakim wykonawca będzie

opracowywał dokumentację projektową oraz wykonywał etap robót rozbiórkowych metodą wybuchową. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy pozostałe świadczenia tego podmiotu (poza wykonaniem rozbiórki metodą wybuchową) zostaną zrealizowane wcześniej czy później niż w okresie „około 3 miesięcy”, bowiem K. D. wyraźnie zobowiązał się do ich spełnienia w ramach udziału w realizacji zamówienia. Ewentualna wewnętrzna sprzeczność omawianego fragmentu oświadczenia firmy MAJOR K. D. z jego dalszym fragmentem, gdzie mowa jest o okresie „około 3 miesięcy” nie może zostać rozstrzygnięta na niekorzyść wykonawcy bez uprzedniego wyczerpania trybu konwalidacyjnego, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Treść „Pisemnego zobowiązania” firmy MAJOR K. D. z 9 marca 2020 r. i z 22 kwietnia 2020 r. została zredagowana przez pracownika Odwołującego w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uprzednie ustalenia z podwykonawcą, a następnie podpisana przez pana D.

W niniejszym postępowaniu każdy spośród pięciu wykonawców polega na zasobach udostępnionych przez firmę MAJOR K. D. Skoro zatem K. D. zobowiązał się do udostępnienia posiadanych zasobów każdemu z wykonawców biorących udział w postępowaniu, to byłoby nielogiczne i sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, aby wobec jednego z wykonawców (Odwołującego) ograniczył okres swojego udziału w realizacji zamówienia do czasu, który w ocenie Zamawiającego jest czasem nierealnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Pojęcie dysponowania zasobami innego podmiotu w okresie korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pojęcie okresu udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia nie są kategoriami równoznacznymi. W uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego Zamawiający posłużył się stwierdzeniem, iż powołany w złożonej ofercie podmiot trzeci udostępnił wykonawcy zasoby ludzkie w ramach realizacji zamówienia jedynie na okres około 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, co w ocenie Zamawiającego jest czasem nierealnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Spostrzeżenie Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści zobowiązań K. D. z 9 marca 2020 r. i 22 kwietnia 2020 r. W oświadczenia mowa jest bowiem o oddaniu do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a nie na okres około 3 miesięcy, okres około 3 miesięcy odnosi się natomiast do udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia na etapie wykonania robót rozbiórkowych metodą wybuchową.

Oferta otrzymana od firmy MAJOR K. D. 12 marca 2020 r. świadczy o tym, że termin realizacji robót rozbiórkowych metodą strzałową objętych umową o podwykonawstwo określono na około 3 miesiące, zaś świadczenie usług projektowych związanych z rozbiórką ma zostać spełnione zgodnie z zapotrzebowaniem wynikającym z harmonogramu realizacji zamówienia.

Ostateczny kształt harmonogramu rzeczowego realizacji zadania zostanie określony przez wykonawcę przed podpisaniem kontraktu z Zamawiającym, zatem nieuzasadnione są twierdzenia Zamawiającego odnośnie braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w okresie „około 3 miesięcy”. Co prawda, jak wynika z § 3 ust. 1 wzoru umowy, wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania całości przedmiotu umowy do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, jednak żadne postanowienie wzorca umowy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy opisu przedmiotu zamówienia nie wykluczają skrócenia okresu realizacji przedmiotu umowy czy skrócenia realizacji etapów związanych z rozbiórką metodą wybuchową. Wykonawca może więc zaproponować wykonanie zadania w czasie krótszym niż 12 miesięcy.

W świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma zatem podstaw, aby antycypować brak dysponowania przez Odwołującego niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego przez okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wszelkie zaś niejasności Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić stosując procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że norma ta jest ściśle powiązana z normami stanowiącymi podstawy wykluczenia – art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym nie można na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych uznać oferty Odwołującego za odrzuconą, jeśli czynność wykluczenia wykonawcy nie była prawidłowa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że na skutek ustalenia, iż w postępowaniu doszło do niezgodnego z przepisami wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, Zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający oświadczył, iż ma możliwość przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.499.484,64 zł brutto, a cena oferty Odwołującego wynosi 1.215.117,00 zł brutto. Porównanie ww. kwot prowadzi do wniosku, iż cena oferty Odwołującego jest niższa od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, toteż brakuje podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zarzuty Odwołującego Zamawiający uznał za niezasadne.

Zamawiający, pismem z 21 kwietnia 2020 r., wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w aspekcie wykazanego dla potrzeb punktacji w kryteriach oceny i porównania ofert doświadczenia osoby wskazanej na funkcję kierownika budowy oraz, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnione to było faktem, iż pomiędzy oświadczeniami własnymi Odwołującego zawartymi w ofercie, tj. informacją o poleganiu na zasobach innego podmiotu i wykazem podwykonawców a pisemnym zobowiązaniem do udostępnienia zasobów nie było pełnej spójności. W konsekwencji z treści oferty nie wynikało, jakie faktycznie zasoby zostaną udostępnione Odwołującemu. Zamawiający nie miał na celu i nie wzywał do wyjaśnienia złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów, a jedynie do stosownego uzupełnienia celem jednoznacznego wykazania, jakie zasoby zostają udostępnione Odwołującemu przez podmiot mający być jego podwykonawcą – K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MAJOR K. D. Wezwanie Zamawiający skonstruował w sposób spójny, należyty i precyzyjny, przy tym wniósł o uzupełnienie oświadczeń w taki sposób, aby w sposób spójny i jednoznaczny wykazywały, jakie funkcje i czynności będzie pełnił i podejmował pan D. i przez okres realizacji zamówienia, czyli w jakiej formie, jakie czynności i przez jaki czas. Dlatego uznać należy, iż Zamawiający umożliwił Odwołującemu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawcy mogą wnosić do Zamawiającego pytania, o ile nie rozumieją wezwania, albo złożyć wobec tej czynności odwołanie, jeżeli uznają ją za niewłaściwą lub naruszającą obowiązujące przepisy, bądź ich interes prawny. W tej sprawie nic takiego nie miało miejsca, należy więc uznać, iż treść wezwania do uzupełnienia oświadczeń była czytelna i nie budziła żadnych wątpliwości, jak też nie naruszała obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedstawił między innymi uzupełnione „Pisemne zobowiązanie” oraz „Wykaz osób”, z których wynikało wprost, iż podmiot ten oddaje do dyspozycji swoje zasoby osobowe w postaci czterech osób przewidzianych do realizacji zamówienia, z niezbędnymi kwalifikacjami i doświadczeniem, jak i swoją wiedzę i doświadczenie. Ponadto, iż zobowiązuje się do projektowania, kierowania i nadzorowania nad pracami strzałowymi oraz wyburzenia obiektu metodą strzałową. Z oświadczenia wynikało

również, iż udostępnienie zasobów nastąpi na okres około 3 miesięcy od dnia podpisania umowy. Natomiast zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu przedmiot zamówienia należało zrealizować w terminie do 12 miesięcy liczonych od dnia zawarcia umowy. Udostępnione zasoby dotyczą zarówno etapu projektowania, jak i etapu realizacji robót budowlanych, czyli całego okresu trwania zamówienia. Dlatego też dostępność zasobów jedynie przez okres około 3 miesięcy, jak to wynika z treści zobowiązania, w żadnej mierze nie gwarantuje realności ich udostępnienia dla potrzeb i celem należytego wykonania zamówienia. Odwołujący samodzielnie nie posiada zdolności technicznej i zawodowej, jak i niezbędnej wiedzy oraz doświadczenia i w całości polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego mu zasoby.

Przepis art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazujący na konieczność wykonywania usług przez podmioty trzecie, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby, ma zagwarantować realność udostępnianych zasobów. Udział podmiotów trzecich w realizacji zamówienia nie jest więc celem samym w sobie, ma służyć zagwarantowaniu należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie posiada.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia przedstawionego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mając świadomość, iż jakiegokolwiek wyjaśnienie wskazanego przez podmiot trzeci 3-miesięcznego okresu oddania do dyspozycji zasobów doprowadziłoby wprost do zmiany złożonego już wraz z ofertą i uzupełnionego w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia, co na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedopuszczalne. Zatem Odwołujący wykazuje w złożonym odwołaniu błędne przekonanie, iż czynność wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych była przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania zaniechana. Dlatego też zarzut ten, jak i wynikające z niego żądania nie mogą zostać uznane za zasadne i podlegające uwzględnieniu.

Zdaniem Zamawiającego treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów jest jasna, a Odwołujący w zarzucie odwołania wskazuje, że wątpliwości co do treści oświadczenia zawartego w zobowiązaniu powinny być przez Zamawiającego wyjaśnione. Jednak zdaniem Zamawiającego uzupełnione oświadczenie jest jasne i jednoznaczne, w związku z czym nie generuje żadnych wątpliwości, które miałyby być wyjaśniane. Przywołane w odwołaniu zostało orzecznictwo KIO odnosi się do zupełnie innych stanów faktycznych, tj. wad formalnych dokumentów (braków), a nie wad materialnych (merytorycznych) w przypadku, gdy treść dokumentu jest jasna.

Odwołujący błędnie również wywodzi, jakoby Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia uznał, iż oddanie do dyspozycji zasobów nastąpi na czas dłuższy niż 3 miesiące od zawarcia umowy. To właśnie brak realności udostępnienia zasobów na okres niezbędny do realizacji

zamówienia, czyli na 12 miesięcy, jest powodem niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Tak więc jednostronne oświadczenie woli wykonawcy co do przyszłej umowy o zamówienie publiczne stanowi cywilnoprawną ofertę. Istotne postanowienia umowy, której dotyczy oferta powinny wynikać ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz być z nią zgodne. Termin realizacji umowy jest jej istotnym postanowieniem. Zgodnie z wyrokiem KIO 2698/17 treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tryb uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem (art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) nie może służyć obejściu braku sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu z, co do zasady niezależnego od wykonawcy, źródła istniejącej treści oferty, a nie rekonstruowaniu na ich podstawie treści tej oferty. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, niemniej nie ma obowiązku wyjaśniania treści oświadczeń lub dokumentów w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż Odwołujący złożył wraz z ofertą jednoznaczne oświadczenie, które następnie uzupełnił w odpowiedzi na wezwanie, z którego wynika, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji podlega wykluczeniu. Treść uzupełnionego zobowiązania do udostępnienia zasobów nie budzi żadnych wątpliwości, a tym samym nie wymaga wyjaśnień, o które wnioskuje Odwołujący. Dlatego też w tym stanie faktycznym nie było potrzeby, a tym bardziej obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnienia złożonego oświadczenia. Celem wezwania do złożenia wyjaśnień jest uzyskanie dodatkowych informacji w przypadkach wątpliwości lub niejasności co do treści dokumentów.

Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych oświadczeń lub dokumentów, natomiast w niniejszej sprawie treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów na okres około 3 miesięcy jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości, więc nie wymaga wyjaśnień. Zarazem też oświadczenie to potwierdza, iż warunki udziału w postępowaniu nie zostały spełnione.

Ewentualne dokonanie przez Zamawiającego czynności żądanej przez Odwołującego, tj. wezwania w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia okresu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, w wyniku których doszłoby do zmiany treści tego oświadczenia, tak, aby wynikało z niego, że zasoby te będą dostępne przez cały okres niezbędny do jego realizacji, doprowadziłoby nie tylko do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, ale i do naruszenia podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, czyli zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut odwołania wskazujący na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych również nie może być uznany za zasadny. Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego. Zamawiający, w oparciu o treść oferty i uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia i dokumenty, stwierdził bezsprzecznie, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Dotyczy to zarówno braku wykazania posiadania zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia, a dotyczącej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak i niezbędnej wiedzy i doświadczenia przez okres niezbędny do realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający zobowiązany był na gruncie obowiązującego prawa zamówień publicznych do wykluczenia Odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą.

Co do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, iż w świetle obowiązujących przepisów oraz treści oferty Odwołującego i zgromadzonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, miał obowiązek dokonania czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą. Dlatego też, oferta Odwołującego nie mogła być uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji, z uwagi na brak prawidłowych ofert, które mieściłyby się w budżecie przeznaczonym na realizację zamówienia i możliwościach finansowych Zamawiającego, unieważnienie postępowania było czynnością nie tylko konieczną, ale i obligatoryjną zgodnie z treścią przywołanego przepisu.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący

ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treść dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości do co treści „Pisemnego zobowiązania” podmiotu K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, w której Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
4. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza i ma możliwość przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

Art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub

dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Z dyspozycji art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W punkcie 5. ppkt 1.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca musi dysponować, w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w postaci:

a) jednej osoby posiadającej uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi z użyciem materiałów wybuchowych w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz posiadającej doświadczenie polegające na należyтым zrealizowaniu jednego zadania obejmującego zaprojektowanie i kierowanie robotami wyburzeniowymi metodą strzałową budynku wysokiego,

b) jednej osoby pełniącej funkcję kierownika budowy, posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia oraz posiadającej co najmniej 5-letnie doświadczenie liczone od dnia uzyskania uprawnień i doświadczenie w zakresie kierowania dwiema robotami budowlanymi związanymi z całkowitą rozbiórką budynków,

c) jednej osoby nadzorującej, posiadającej aktualne zaświadczenie potwierdzające przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego na samodzielnych stanowiskach, w tym na stanowisku nadzoru, oraz posiadającej co najmniej 5-letnie doświadczenie w zakresie nadzorowania dwóch robót budowlanych związanych z wyburzeniem metodą wybuchową budynku wysokiego,

d) dwóch wykwalifikowanych pracowników strzałowych posiadających aktualne zaświadczenie potwierdzające przygotowanie zawodowe do wykonywania prac związanych z dostępem do materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego.

W punkcie 5. ppkt 1.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał także, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy; w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał, że w ww. zakresie będzie polegał na zasobach innego podmiotu – K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D., jak też podmiot ten będzie jego podwykonawcą.

Pismem z 21 kwietnia 2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w punkcie 5.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu co do posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej pozwalającej na realizację zamówienia, w tym zobowiązał wykonawcę do wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi w podpunkcie 1.3.1. Pismem z 18 marca 2020 r. (wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia) potwierdził, iż nie dopuszcza łączenia funkcji osób, które będą realizowały zamówienie. Wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył w załączniku A następujące oświadczenia:

1) „Informację w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów”, gdzie wpisał, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotu pn. „Major” K. D., w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – osoby zdolne do wykonania zamówienia.

2) „Wykaz podwykonawców”, gdzie jako podwykonawcę wskazał podmiot pn. „Major” K. D. w zakresie opracowania projektu rozbiórki, wykonania robót rozbiórkowych metodą wybuchową,

3) „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” wystawione przez podmiot „Major” K. D., w zakresie wiedzy, doświadczenia, referencji, osób zdolnych do wykonania zamówienia (w tym wymaganych przez Zamawiającego), poprzez projekt, kierowanie i nadzór nad robotami strzałowymi, wyburzenie obiektu metodą strzałową.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, iż z powyżej przytoczonych, złożonych wraz z ofertą oświadczeń nie wynika w sposób jednoznaczny, w jakim zakresie podmiot, na którego zasoby Odwołujący się powołuje, tj. „Major” K. D. będzie odpowiedzialny za realizację zamówienia, tj. zgodnie z punktem 5. ppkt 1.3.1, zatem czy będzie to: a) osoba posiadająca uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi, b) osoba pełniąca funkcję kierownika budowy, c) osoba nadzorująca, d) pracownik strzałowy. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o uzupełnienie oświadczeń opisanych w punkcie 1-3 w taki sposób, aby w sposób spójny i jednoznaczny wskazywały, jakie funkcje i czynności będzie pełnił i podejmował pan K. D. i przez okres realizacji przedmiotowego zamówienia, czyli w jakiej formie, jakie czynności i przez jaki czas, mając jednocześnie na uwadze postawiony przez Zamawiającego zakaz łączenia funkcji osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił wyjaśnienia oraz „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy pzp”, w którego treści wskazano: „Działając w imieniu i na rzecz MAJOR K. D. (...) [dane podmiotu] oświadczam/y, że w przetargu nieograniczonym na wyłonienie robót budowlanych pn. <<Zaprojektowanie, rozbiórka i nadzór nad wyburzeniem metodą wybuchową budynku Akademika „C” Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie, przy ul. Badurskiego 13>>, zobowiązuję/my (zobowiązujemy) się udostępnić swoje zasoby Wykonawcy FOXMET SP. Z O.O. (...) [dane wykonawcy]. W celu oceny, czy ww. Wykonawca będzie dysponował moimi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek nas łączący gwarantuje rzeczywisty dostęp do moich zasobów podaję:

1. zakres moich zasobów dostępnych Wykonawcy: Wiedza, doświadczenie, referencje, osoby zdolne do wykonania zadania (w tym wymagane przez Zamawiającego): (...) [nazwiska osób],
2 sposób wykorzystania moich zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: Projekt, kierowanie i nadzór nad pracami strzałowymi, wyburzenie obiektu metodą strzałową,
3 charakter stosunku, jaki będzie mnie łączył z Wykonawcą: Umowa na Podwykonawstwo w zakresie wykonania dokumentacji projektowej, kierowanie i nadzór nad pracami oraz wyburzenie obiektu metodą strzałową,

4 zakres i okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia: opracowanie projektu rozbiórki, wykonanie robót rozbiórkowych metodą wybuchową, od dnia podpisania umowy przez około 3 miesiące.”

W konsekwencji Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił jednoznacznie, jakie warunki wykonawca powinien spełnić w przedmiotowym postępowaniu, aby mógł się ubiegać o udzielenie tegoż zamówienia (punkt 5. ust. 1 ppkt 1.3.1). Zamawiający podczas badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego stwierdził, iż w zakresie wskazanym powyżej wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ ze złożonych dokumentów i oświadczeń nie wynikało to w sposób jasny, precyzyjny i bezsprzeczny. Dlatego wezwał go do uzupełnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (w zakresie wskazanym powyżej). W odpowiedzi Odwołujący dostarczył Zamawiającemu oświadczenia i dokumenty, w tym „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, wystawione przez podmiot „Major” K. D. w zakresie wiedzy, doświadczenia, referencji, osób zdolnych do wykonania zamówienia (w tym wymaganych przez Zamawiającego). Jednocześnie w zobowiązaniu podmiotu trzeciego Zamawiający znalazł informację, iż ten udostępnia swoje zasoby na czas od dnia podpisania umowy przez około 3 miesiące. Jednak określony przez firmę „Major” K. D. „termin około 3 miesiące” jest terminem niewystarczającym do realizacji zamówienia, bowiem zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniem o zamówieniu termin ten wynosi 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wskazał iż w punkcie 16. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzór umowy, opisał w sposób szczegółowy etapy i poszczególne terminy realizacji zamówienia, tj. a) Etap I – opracowanie dokumentacji projektowej koniecznej do uzyskania decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbiórkę i przekazanie Zamawiającemu do uzgodnienia, o którym mowa w § 4 nin. umowy – w terminie do 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, b) Etap II – uzyskanie ostatecznej decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbiórkę – w terminie do 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy, c) Etap III – opracowanie projektu

wykonawczego oraz innych dokumentów i opracowań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nin. umowie poprzedzających rozpoczęcie robót budowlanych – w terminie do 7 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

d) Etap IV – wykonanie wszystkich robót demontażowych, rozbiórkowych, porządkujących i naprawczych – w terminie do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W związku z faktem, iż Odwołujący powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia takich jak projektant i kierownik robót, osoby nadzorujące oraz dwóch pracowników strażowych, niewątpliwym jest, iż oddanie do dyspozycji przez inny podmiot powyższych osób, które realizować będą kluczowe aspekty przedmiotu zamówienia, nastąpi na czas dłuższy niż trzy miesiące od dnia podpisania umowy, bowiem czynności dokonywane przez wskazane osoby dokonywane będą przez cały okres realizacji zamówienia, tj. 12 miesięcy. Wykonawca nie potwierdził więc spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dotyczącej dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ powołany w złożonej ofercie podmiot trzeci udostępnił Odwołującemu zasoby ludzkie w ramach realizacji zamówienia jedynie na okres ok. 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, co w ocenie Zamawiającego jest czasem nierealnym do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Prawidłowo wypełnione „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” winno wskazywać w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie budzący wątpliwości Zamawiającego, w jakim zakresie, w jaki sposób, przez jakie osoby, w jakim charakterze oraz na jaki okres zostaną wykonawcy udostępnione niezbędne zasoby, tak, aby wykonawca spełnił wymogi art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do konieczności wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie jedynie do wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Konieczność wykluczenia wykonawcy uzależniona jest od tego, czy wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia. Konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że to na wykonawców nałożony został ciężar udowodnienia istnienia omawianych okoliczności, tj. wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Za niewystarczające uznaje się przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie będzie można stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający poinformował także, że z uwagi na zaistnienie okoliczności, które wypełniają dyspozycję wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do unieważnienia postępowania, ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza i ma możliwość przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z powyższym stanem faktycznym Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego było prawidłowe, a argumentacja przedstawiona przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Udział podmiotu trzeciego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez zamawiającego, a także udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia został opisany w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ust. 1-4 tego przepisu wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (ust. 1). Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (ust. 2). Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 (ust. 3). W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 4).

Zamawiający, po otrzymaniu oferty Odwołującego i zapoznaniu się z jej treścią, powziął wątpliwości co do zakresu i okresu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, na które powołał się Odwołujący, tj. K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D. – a dokładniej – uznał, że nie wynikają one w sposób prawidłowy z ogółu przedstawionych dokumentów, dlatego wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednym z dokumentów, na które wskazał Zamawiający, było „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” wystawione przez K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MAJOR K. D.

W wezwaniu Zamawiający wskazał, że prosi o uzupełnienie oświadczeń w taki sposób, aby w sposób spójny i jednoznaczny wskazywały, jakie funkcje i czynności będzie pełnił i podejmował pan K. D. i przez okres realizacji przedmiotowego zamówienia, czyli w jakiej formie, jakie czynności i przez jaki czas, mając jednocześnie na uwadze postawiony przez Zamawiającego zakaz łączenia funkcji osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Z treści wezwania wynika więc jednoznacznie, że dotyczyło ono nie tylko zakresu czynności, ale i okresu udostępnienia zasobów – w odniesieniu do okresu realizacji zamówienia: „jakie funkcje i czynności (...) i przez okres realizacji przedmiotowego zamówienia”. Zamawiający zatem wskazał na okres realizacji zamówienia, który w specyfikacji istotnych warunków zamówienia został określony na 12 miesięcy. Można uznać za niefortunne, że Zamawiający w wezwaniu nie rozwinął tej kwestii, tj. różnicy pomiędzy wskazanymi w zobowiązaniu 3 miesiącami a przewidzianymi 12 miesiącami realizacji zamówienia, jednak trudno czynić mu z tego zarzut prawny. Zamawiający bowiem może wskazać swoje wątpliwości co do zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów, czy stwierdzone w tym zobowiązaniu wady, ale nie może domagać się zmiany tej treści, tj. zmiany zakresu zobowiązania, które podjął inny podmiot wobec wykonawcy – jak też wzajemnego zobowiązania wykonawcy wobec tego podmiotu (jego świadczenie jest bowiem co do zasady odpłatne).

Przy tym nie było sporne, że Odwołujący zamierza korzystać z zasobów osobowych firmy MAJOR K. D. przy realizacji zamówienia, co jest zgodne z wymaganiem art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i prawnie prawidłowe.

Samo oświadczenie pan D. nie budzi wątpliwości: „okres mojego udziału w realizacji zamówienia – od podpisania umowy przez około 3 miesiące”.

Zasady wykładni oświadczeń woli zostały zawarte w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, który wskazuje, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Co można – w uproszczeniu – rozumieć, iż w „normalnych” okolicznościach, oświadczeniu nadaje się „normalne” znaczenie z niego wynikające, w przełożeniu na okoliczności, w których zostało złożone, wynikające m.in. z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przepisów prawa oraz wykładni językowej.

Zobowiązanie wskazuje na okres udziału w realizacji przez około 3 miesiące od podpisania umowy, natomiast okres realizacji zamówienia to 12 miesięcy. Z zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (który nie był sporny) wynika, że będzie brał on udział od etapu I – opracowania dokumentacji projektowej koniecznej do uzyskania decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na rozbiórkę do etapu IV – wykonania robót demontażowych, rozbiórkowych, porządkujących i naprawczych (w zakresie przygotowania do wybuchu oraz przeprowadzenia wybuchu budynku), zatem przez okres realizacji przewidziany na znacznie dłużej niż 3 miesiące. Nawet więc jeśli uznać, że roboty porządkujące po wybuchu budynku, w których firma MAJOR K. D. nie będzie brała udziału, zajmą kilka miesięcy, to wciąż należy oczekiwać, że będzie to okres dłuższy niż 3 miesiące od zawarcia umowy.

Przy tym wskazanie „od podpisania umowy przez około 3 miesiące” zdaniem Izby należy interpretować jako 3 miesiące od zawarcia umowy z Zamawiającym. Nawet jeśli jednak uznać, że chodzi tu o zawarcie umowy między Odwołującym a panem D., nie ma to znaczenia, gdyż i tak jego udział musi wynosić więcej niż 3 miesiące, występuje on bowiem i w początkowym, i w końcowym etapie realizacji umowy.

Nie ma przy tym znaczenia, że Odwołujący, czy też pan D. uważa, że przedmiot zamówienia – przynajmniej do etapu wybuchu – dałoby się zrealizować w okresie krótszym niż 12 miesięcy, np. w 3 miesiące, lub że w sprzyjających okolicznościach faktycznie okres realizacji może mieć taką długość. Istotne jest, co zostało wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż to obowiązuje wykonawców na etapie składania ofert i miało być podstawą sformułowania oferty zarówno w zakresie rzeczowym, jak i cenowym. Należy tu podkreślić dwie rzeczy – rolą wykonawcy nie jest korygowanie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz dostosowanie się do nich i jeśli życzeniem zamawiającego jest, by dane zamówienie realizować przez dany okres, to obowiązkiem wykonawcy jest sformułować ofertę zgodnie z tym życzeniem. Po drugie, Zamawiający w swoim terminarzu założył pewien zapas czasowy na czynności, które nie muszą zależeć od Zamawiającego, wykonawcy czy podmiotu udostępniającego zasoby, jak uzyskanie decyzji administracyjnej pozwalającej na wyburzenie budynku. Mogą też nastąpić inne okoliczności

nie przewidziane na obecnym etapie, spowolniające wykonanie robót. Wykonawca zatem nie jest w stanie zagwarantować, że zamówienie aż do etapu wyburzenia zostanie wykonane właśnie w 3 miesiące. Po trzecie, jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy, Odwołujący nie uwzględnił w tym terminie konieczności uwzględnienia wymagań podmiotu administrującego budynkami (akademikami) znajdującymi się w sąsiedztwie budynku przeznaczonego do rozbiórki, które również mogą wpływać na okres wykonywania prac.

Nie ma też żadnych podstaw językowych czy logicznych, by stwierdzenie „od podpisania umowy przez około 3 miesiące” interpretować jako 90 pojedynczych „dniówek” w trakcie wskazanych 12 miesięcy realizacji, które zajmie udział firmy MAJOR K. D. w realizacji zamówienia.

Co do stwierdzenia Odwołującego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia może zostać wykazany przez wykonawcę nie tylko za pomocą zobowiązania – Izba się z nim zgadza, gdyż wynika to wprost z art. 22a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych („w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”). Jednak taki inny dokument musi zostać przedstawiony zamawiającemu, a w niniejszej sprawie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu jedynie zobowiązanie z 9 marca 2020 r. i 22 kwietnia 2020 r.

Co do faktu, że firma MAJOR K. D. występowała we wszystkich ofertach wykonawców, którzy złożyli oferty – nie ma to znaczenia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający nie kwestionował bowiem kompetencji pana D. czy zatrudnianych przez niego osób do wykonania zamówienia, lecz zakres zobowiązania wobec Odwołującego. Jak podkreślił Zamawiający podczas rozprawy, zakres zobowiązania wobec poszczególnych wykonawców był odmienny, przy czym zauważył zależność, że im szerszy zakres zobowiązania, tym wyższa była cena poszczególnych ofert.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący i pan D., nawet jeśli mieli prawidłowe intencje, jeśli chodzi o udział tego podmiotu w realizacji zamówienia – przez cały jego okres, w miarę potrzeb – to jednak nie wyrazili tego w przedmiotowym zobowiązaniu.

Zatem Zamawiający prawidłowo ocenił, że treść zobowiązania nie odpowiada koniecznemu okresowi udziału tego podmiotu w realizacji i tym samym Odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował wskazywanym zasobem w niezbędnym do realizacji zamówienia zakresie (okresie) i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w punkcie 5. ppkt 1.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaistniała zatem przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. niewykazanie spełnienia warunków udziału

w postępowaniu. Istotą tej regulacji jest bowiem, by wykonawca nie tylko spełniał warunki udziału w postępowaniu, ale także to spełnianie wykazał zamawiającemu. Konsekwencją tego było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest to bowiem skutek prawny wynikający bezpośrednio z przepisów (zamawiający nie musi dokonywać odrębnej czynności odrzucenia oferty). Dalszą konsekwencją, wynikającą ze stanu faktycznego sprawy, było unieważnienie postępowania ze względu na brak środków na sfinansowanie zamówienia według cen wskazanych w droższych ofertach.

Izba zgodziła się także ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie było podstaw do wyjaśniania treści przedmiotowego zobowiązania co do wskazanego w nim okresu, gdyż oświadczenie było jasne – choć błędne merytorycznie. Tym samym owo żądanie wyjaśnienia *de facto* musiałoby być nowym wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, a nawet – zmiany jego treści, a wyjaśnienie wykonawcy wskazujące na okres dłuższy/inny niż „około 3 miesiące”, byłoby zmianą tej treści, czyli dodatkowym uzupełnieniem. Jest to niedopuszczalne na gruncie interpretacji przepisów o uzupełnianiu dokumentów, dokonywanych czy to na gruncie krajowym odnośnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy unijnym – przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który bardzo restrykcyjnie podchodzi do kwestii zmiany treści oferty po jej złożeniu (zarówno dokumentów przedmiotowych, jak i podmiotowych), nie dopuszczając możliwości zmiany czy negocjacji treści oferty (zasada wyrażona w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16, dotyczącej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadę równego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty.

W okolicznościach faktycznych sprawy wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – i akceptacja wyjaśnień zmieniających zakres zobowiązania pana D. – byłaby faktycznie nie tylko nowym wezwaniem do uzupełnienia dokumentu zastępującym (powielającym) wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

lecz też negocjowaniem treści oferty, bowiem samo zobowiązanie nie jest wadliwe w znaczeniu braków, złych sformułowań czy innych błędów, lecz nie odpowiada swoim zakresem wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych. Pełnomocnik Zamawiającego nie przedstawił dokumentów mogących stanowić podstawę do uwzględnienia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zatem Izba nie zasądziła tych kosztów.

Przewodniczący: